Die Folgen
der
vertragswidrigen Lieferung
beim Gattungskauf
nach gemeinem, Handels- und neuem bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation
verfaßt und der
Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Kgl. bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg
zur
Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde
vorgelegt von

Referendar
Hans Pohl
aus
Duisburg a. Rh.

ACAD. LIBR. BAT. RHL

Würzburg
C. J. Beckers Universitäts-Buchdruckerei
1904.

Referent: Herr Geh.-Rat v. Burckhard.

I.

Beim Gattungskauf, wie überhaupt bei der generischen Obligation, ist im Gegensatz zum Spezieskauf die zu leistende Sache nicht nach individuellen Merkmalen bestimmt, sondern lediglich nach solchen, die das Wesen der betreffenden Gattung ausmachen, mag es sich dabei um vertretbare oder nicht vertretbare Sachen handeln. Ist dabei nicht zugleich Art und Sorte bestimmt, so ist, sofern nicht die Umstände des Falles einen Anhalt für das von den Parteien Beabsichtigte ergeben, nach B. G. B. § 243 eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten. Den Gegenstand der Obligation bildet nicht die Gattung als solche, sondern ein aus ihr auszuscheidendes, zunächst noch unbestimmtes Individuum. Die Obligation kann getilgt werden durch jedes Individuum, welches die betreffenden Merkmale an sich trägt. Welches dieses Stück ist, bestimmt sich durch Wahl, die regelmäßig dem Schuldner zusteht. Durch die erfolgte Wahl tritt eine Konzentration auf dieses Stück ein, so daß nunmehr nur dieses den Gegenstand der Obligation bildet und damit die bisherige Gattungsschuld zu einer Speziesschuld umgewandelt ist. Diese Konkretisierung tritt — anders als bei der Alternativobligation, bei der es sich um das Versprechen der einen oder anderen von mehreren ausdrücklich verbundenen gleichartigen oder ungleichartigen Leistungen handelt — nicht schon durch einseitige Erklärung des Wahlberechtigten ein, sondern durch Vertrag der Parteien und außerdem insbesondere durch Annahmeverzug des Gläubigers. Ist obligationsmäßig geleistet, so liegt nicht Konkretisierung vor, sondern die Obligation ist erloschen, wobei natürlich im Fall eines Fehlers der geleisteten Sache die Gewährleistungsansprüche unberührt bleiben.

Gegenüber der rein generischen Obligation steht die beschränkt oder gemischt generische, wobei das zu leistende Stück nicht der ganzen Gattung, sondern einem abgegrenzten Kreise derselben zu entnehmen ist. In beiden Fällen tritt Unmöglichkeit der Leistung ein, wenn die Menge, aus der die Sache entnommen werden soll untergegangen ist, was naturgemäß in letzterem Fall leichter eintreten kann als bei der reinen Gattungsobligation. Auf die Frage, ob hier wirklich eine Gattungsobligation und nicht vielmehr eine obligatio alternativa vorliegt — eine Frage, die insbesondere insofern wichtig ist, als bei der letzteren die Konkretisierung schon durch einseitige Erklärung des Wahlberechtigten eintritt — braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Daß wie Fick[1]) behauptet, der beschränkt generische Kauf beim Distanzkauf die Regel bildet, kann als richtig nicht anerkannt werden. Gewöhnlich ist es dem Käufer gleichgültig, ob der Verkäufer die zu leistende Sache selbst erst wieder von Händlern bezieht; in den meisten Fällen ist dies für ihn eine den Verkäufer allein angehende interne Angelegenheit. Soferne sich nicht aus den Parteiverhandlungen auf eine derartige Absicht des Käufers oder Verkäufers schließen läßt, gilt jeder Gattungskauf als rein genereller Kauf. Bestelle ich mir also 10 Exemplare eines literarischen Werkes oder 10 Ztr. Winteräpfel, so kommt dieses Geschäft keineswegs „fast nur beim Platzverkehr oder bei börsenmäßigen Lieferungsgeschäften vor, ist also keineswegs ein Spekulations-",[2]) sondern ein reiner Gattungskauf und nur gerade im Distanzverkehr besonders häufig. Unrichtig ist die von manchen aufgestellte Behauptung, daß der Gattungskauf ein bedingter Vertrag sei. Bei einer bedingten Obligation ist ungewiß, ob überhaupt geschuldet wird. Davon ist beim Gattungskauf nicht die Rede, es ist nicht in der Schwebe, nicht von einem künftigen ungewissen Umstand abhängig, ob die Verpflichtung zur Leistung besteht, vielmehr steht diese Verpflichtung von vornherein fest, und nur das zu leistende Stück der Gattung bedarf der Bestimmung. Der Unterschied ist hauptsächlich von Bedeutung für die

[1]) Fick, Arch. f. Wechselrecht IX S. 374 ff.
[2]) Fick a a. o. Bd. IX. S. 374.

Frage der Gefahrtragung. Denn beim Gattungskauf trägt die Gefahr des Untergangs wie der Verschlechterung der Verkäufer bis zu dem Zeitpunkte, wo die Leistung sich auf ein bestimmtes Objekt konzentriert, beim bedingten Kauf trägt die Gefahr des Unterganges der Verkäufer, die der Verschlechterung der Käufer.

Während nun im modernen Verkehrsleben zahlreiche Kaufgeschäfte dem Gebiet des Gattungskaufes angehören, herrscht unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern lebhafter Streit darüber, ob das römische Recht den reinen Genuskauf gekannt habe. Brinz,[1]) Fick,[2]) Dernburg,[3]) Bechmann,[4]) leugnen seine Existenz im römischen Recht. Letzterer tut dies auch für das gemeine Recht, hat aber bei seiner Begründung nur den sogenannten Lieferungsvertrag im Auge, d. h. den Vertrag auf Lieferung einer noch herzustellenden Ware, und stellt für diesen Lieferungsvertrag besondere Normen auf; diese Ansicht ist vereinzelt geblieben. Für das gemeine Recht erkennt Theorie und Praxis den Genuskauf an. Baron,[5]) Bekker[6]) und Stinzing[7]) behaupten seine Existenz schon für das römische Recht. Nun läßt sich allerdings aus dem corpus juris, wie sich aus den in jüngster Zeit namentlich auch von Haver[8]) und Berndorff[9]) nachgeprüften Stellen m. E. überzeugend ergibt, dieser Nachweis nicht erbringen, gleichwohl ergiebt sich aus der Stelle vat. fr. § 16, die ohne jeden Zweifel von einem Gattungskauf handelt, daß den Römern derselbe nicht unbekannt war[10].

[1]) Brinz, Band. II, S. 696.

[2]) Fick, Arch. f. H. R. IX, S. 372, VIII, S. 85.

[3]) Dernburg, Band II, S. 258, Note 18.

[4]) Bergmann, Kauf nach gem. R. Bd. II, S. 335.

[5]) Baron, Pand. S. 520.

[6]) Bekker, Jahrbuch des gem. Rechts V. S. 395.

[7]) Stinzing „Necesserio sciendum est quando perfecta sit emtio. Jahrb. Bd. X, No. 3.

[8]) Haver, Die Gattungsschuld, Diss. Berlin 1900.

[9]) Berndorff die Gattungsschuld Diss. Berlin 1900.

[10]) Vaticana fragmenta § 16 vino mutato periculum emtorem spectet, quamvis ante diem pretii solvendi vel condicionem emtionis impletam id evenerit. Quodsi mille amphoras certo pretio corpore non demonstrato vini vendidid, nullum interea periculum emtoris est

Für das gesamte moderne Recht ist die Existenz des Gattungskaufes unbestritten. Das alte Handelsgesetzbuch spricht in Artikel 338 ausdrücklich aus, daß der am häufigsten vorkommende Fall des Gattungskaufes, nämlich des Lieferungsgeschäftes über eine Quantität vertretbarer Sachen, als Kauf zu beurteilen ist, und das B. G. B. widmet dem Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache eine Spezialvorschrift im § 480.

Bei dem schwer festzustellenden Begriff der Gattung ergiebt sich nun hinsichtlich der Frage nach der Erfüllung des Genuskaufes die Schwierigkeit zu entscheiden, wann eine Sache der betreffenden Gattung geliefert ist, und wann die Lieferung als nicht mehr der Gattung entsprechend anzusehen ist, und damit weiter: wann ein Mangel der Leistung zur Geltendmachung der Ansprüche wegen Nichterfüllung berechtigt und wann nur zur Geltendmachung der Ansprüche aus mangelhafter Lieferung.

Bei Entscheidung der Frage, ob beim Gattungskauf Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung vorliegt, kommt es an sich lediglich darauf an, ob eine Sache geliefert ist, die überhaupt die Gattungsmerkmale nicht an sich trägt, z. B. statt eines Pferdes ein Maultier oder ob ein Stück aus der Gattung geliefert ist, dieses Stück aber als mangelhaft sich erweist, z. B. es ist dem Inhalt der Obligation entsprechend ein Pferd geliefert, aber dieses Pferd ist lungenkrank. Im ersten Fall liegt Leistung eines aliud vor, das, was nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zu leisten war, ist nicht geleistet, von einer Erfüllung der Verpflichtung ist keine Rede. Hingegen im zweiten Fall hat Verkäufer geleistet, was er schuldete, ein Stück aus der Gattung, er hat also erfüllt, aber er haftet wegen Mangelhaftigkeit; streng genommen würden also dem Käufer nur die Rechtsmittel wegen körperlicher Mängel der geleisteten Sache zustehen, nicht wie § 480 B. G. B. es gestattet eine Klage auf Leistung einer fehlerfreien Sache. So wie er beim Kauf eines individuell bestimmten Pferdes, wenn das Pferd geliefert ist, und dann sich Mängel herausstellen, nicht sagen kann: Verkäufer habe nicht erfüllt, ebenso kann er beim Kauf eines generisch bestimmten Pferdes, wenn ihm ein Pferd geliefert ist, nicht sagen, es sei das deshalb nicht Erfüllung der Verpflichtung

des Verkäufers, weil das Pferd einen körperlichen Fehler hat. Nur wenn der Verkäufer seiner Verpflichtung, ein Pferd mittlerer Art und Güte zu leisten, nicht nachgekommen ist, also wenn die Mangelhaftigkeit unter diesen Gesichtspunkt zu subsumieren ist, würde von einer Nichterfüllung der Verkäuferpflicht gesprochen werden können. Daß nach § 480 B. G. B. bei Lieferung eines unter den Gattungsbegriff fallenden Objektes, welches mit körperlichen den Wert oder die Tauglichkeit aufhebenden oder mindernden Fehlern behaftet ist, neben den für den Fall des Spezieskaufes in § 459 ff. gegebenen Rechten (Wandelung oder Minderung, bezw. beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften Schadenersatz) der Käufer nach seiner Wahl auch die Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der gelieferten mangelhaften Sache verlangen kann, ist von diesem Standpunkt aus ein Widerspruch, der der Erklärung bedarf. Denn zweifellos ist es ein Widerspruch, daß er einerseits sagen kann, es ist erfüllt, du hast geliefert, was du schuldetest, aber ich verlange wegen des Fehlers der gelieferten Sache Wandelung oder Minderung, und daß er andererseits sagen kann: du hast nicht erfüllt, ich verlange Erfüllung. Kann beim Spezieskauf von Nichterfüllung nur gesprochen werden, wenn eben das von vornherein den Gegenstand des Kaufes bildende Individuum nicht geliefert ist, sondern statt desselben eine andere Sache und kann, wenn das geschuldete Individuum geliefert, aber mit körperlichen Fehlern behaftet ist, nicht wegen Nichterfüllung geklagt werden, sondern nur wegen Mängel der Sache, so kann an sich beim Gattungskauf Nichterfüllung nur da angenommen werden, wo ein gar nicht zur Gattung gehörendes Stück geleistet ist, nicht aber da, wo ein Stück geleistet ist, welches die Gattungsmerkmale an sich trägt und nur als ein fehlerhaftes Stück dieser Gattung erscheint. Wie kommt es, daß trotzdem der Käufer sagen kann: Du hast zwar durch Leistung des fehlerhaften Stückes erfüllt, aber ich erkläre, du hast nicht erfüllt, und verlange Erfüllung, daß er also nach seinem Belieben die Leistung als Erfüllung oder als Nichterfüllung behandeln kann? Man mag das Recht des Käufers zur Wahl zwischen Wandelung oder Minderung und zwischen Klage auf Leistung einer fehlerfreien Sache als auf dem prak-

tischen Gesichtspunkt des Interesses des Käufers beruhend ansehen, damit wird aber die Anomalie, der oben hervorgehobene Widerspruch nicht beseitigt. Läßt sich nnn nicht etwa ein anderer Grund dafür nachweisen, ein Grund, der zugleich die Verschiedenheit zwischen Genuskauf und Spezieskauf als weniger groß erscheinen läßt? Mir scheint folgende Erwägung eine Lösung der Differenz und Disharmonie zu geben. In dem Kauf einer Gattungssache liegt eine gewisse Zusicherung, nicht ein fehlerhaftes Stück aus der Gattung zu leisten, wie ja auch das Gesetz, offenbar der Intention der Parteien entsprechend, die Verpflichtung eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten, auferlegt, so daß eine Sache, die nicht von mittlerer Art und Güte ist, als nicht gekauft und als nicht geschuldet gilt. Die Parteien gehen davon aus, daß die Gattung, aus der geliefert werden soll, aus fehlerfreien Individuen besteht; eine solche Gattung ist von ihnen stillschweigend vertragsmäßig angenommen. Das ist beim Kauf einer Spezies anders: hier ist diese konkrete Sache gekauft. Der Käufer kann nicht sagen, sie sei nicht gekauft, weil sie fehlerhaft ist, der Verkäufer habe seine Verpflichtung, diese konkrete Sache zu leisten, nicht erfüllt, wenn sie fehlerhaft ist. Kann man beim Genuskauf sagen; die vertragsmäßige Voraussetzung ist, daß die Gattung, aus der geliefert werden soll, eine aus fehlerfreien Individuen bestehende ist, so läßt sich beim Spezieskauf nicht sagen, daß diese konkrete Sache als eine mit Mängeln nicht behaftete zugesichert sei.

Aber es kann das beim Spezieskauf ausgemacht werden: Der Verkäufer kann das Vorhandensein guter, das Fehlen schlechter Eigenschaften ausdrücklich zusichern. Und hier zeigt sich die Übereinstimmung vom Gattungskauf und Spezieskauf hinsichtlich der Frage nach den Rechten des Käufers wegen Mängel der Sache, bezüglich wegen Fehlens von Eigenschaften. Wird beim Spezieskauf eine solche Zusicherung gegeben, so haben wir die gleiche Anomalie wie beim Genuskauf. Der Käufer hat nach § 463 das Recht auf Wandelung oder Mindernng, wobei die Leistung als Erfüllung gilt, er hat aber auch statt dessen das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, er kann also auch die Leistung des konkreten Objekts als Nichterfüllung be-

handeln; er kann also nach seinem Belieben die Leistung als Erfüllung oder als Nichterfüllung ansehen. Was beim Spezieskauf im Falle der besonderen Zusicherung gilt, das gilt beim Genuskauf ohne weiteres, weil solche Zusicherung als in der Natur des Genuskaufs gelegen scheint. Die Anomalie, daß derselbe Akt zugleich Erfüllung und Nichterfüllung sein kann, nach Wahl des Käufers, ist in beiden Fällen die gleiche, aber sie ist nicht mehr eine bloß beim Genuskauf vorkommende Erscheinung.

So einfach begrifflich der Unterschied zwischen Leistung eines aliud und mangelhafter Leistung ist, so sind doch praktisch die Grenzen oft schwer zu ziehen, und es besteht seit Jahrhunderten [1]) Streit über die Grenzen wie über die Folgen der Leistung eines aliud.

Es mögen hier einige vom R. O. H. G. entschiedene Fälle erwähnt werden:

R. O. H. G. Bd. XV. S. 414, Nr. 115:[2])

Verkäufer hat sich verpflichtet, 10 Zentner Reygras zu liefern, à 7 Taler und liefert tatsächlich 10 Zentner Mischgras, eine Grasmischung, die sich nach sachverständiger Untersuchung als nur zu einem ganz geringen Prozentsatz Reygras enthaltend, aus hauptsächlich Trespe bestehend erweist. Käufer, der gleich 70 Taler bezahlt hat, stellt die Ware zur Disposition und verlangt Verurteilung des Verkäufer zur Zurücknahme der Ware und Rückzahlung des Kaufpreises.

R. O. H G. XIX. S. 402: Käufer hat bei dem Reisenden des Verkäufers Zigaretten mit der Marke: Laferme Dresden, Kreuzkirche 6 bestellt, und Zigaretten geliefert erhalten, welche zwar diese Marke trugen, aber nicht ächt, sondern von dem Verkäufer fabriziert sind. Käufer rügt diese Vertragswidrigkeit, Verkäufer behauptet, daß die Ware als genehmigt gelten müsse, weil die Rüge der Unächtheit der Zigarette nach Art. 347 H. G. nicht rechtzeitig erfolgt sei.

R. O. H. G. S. Bd. VII. S. 409:

---

[1]) Schlodtmann, Z. f. H. R. Bd. XXXVII. S. 1. ff.

[2]) Entscheidungen des V. O. H. G. Bd. XV. S. 414 Nr. 115.

Der Kläger hatte von der verklagten Handlung Sommerrübsen und Sommerraps mit dem ausgesprochenem Zweck gekauft, die Ware zur Sommer-Aussaat verwenden zu wollen. Die ihm gelieferte Ware bestand aber größtenteils aus Wintersaat, welche in dem Jahre der Aussaat keine Frucht liefert. In erster Instanz wurde Verklagter zum Ersatz der dem Kläger hiedurch entgangenen Ernte, welche den Kaufpreis vielfach überstiegen haben würde, verurteilt, in zweiter Instanz die Klage aber abgewiesen, weil die Verklagte in Ermangelung eines von dem Kläger nicht behaupteten Versehens nur zur Rückerstattung des Kaufpreises verpflichtet sei.

Desgleichen R. O. H. G. XXIV., S. 404: Verkäufer hat statt Wintererbsen Sommererbsen geliefert, Käufer verlangt Ersatz für den erlittenen Schaden, Verkäufer wendet ein, daß die sechsmonatliche Klageverjährung des Art. 349 H. G. B. bereits abgelaufen sei und Kläger auch die Mängelanzeige nicht rechtzeitig erhoben habe.

Erwähnt sei noch folgender Fall:

Es bestellt jemand auf eine Zeitungsannonce hin bei einem Gänsezüchter einen Gänserich für 18 M. Der Käufer läßt das gelieferte Tier auf tierärztlichen Rat gut füttern, um es zu seiner Aufgabe recht geeignet zu machen. Als aber im Frühjahr der Gänserich zu den Gänsen gelassen wird, wird er von einem anderen Gänserich als Gans erkannt.

Mir scheint zweifellos, daß in all diesen Fällen ein aliud, eine Sache anderer Gattung geliefert ist, aber es ist keineswegs unbestritten, ob nicht blos mangelhafte Leistungen anzunehmen sei.

Grundlegend für den Unterschied von aliud und mangelhaft ist der Begriff der Gattung. Alles was innerhalb dieses Begriffs liegt, kann höchstens mangelhaft nie aber ein aliud sein. Das aliud liegt jenseits der Gattungsgrenze. Es stellt sich das Genus dar als eine Vielheit, wesensgleicher Sachen, d. h. solcher, die bestimmte Merkmale gemeinsam haben. Diese Merkmale können nun schon von der Natur ein für alle Male bestimmt sein, derart, daß demnach gewisse Sache ohne weiteres zu der Gattung gehören. Es können aber auch von den Parteien Gattungen

aufgestellt werden durch Angabe gemeinsamer Merkmale, die von der Naturwissenschaft nicht als eigene Gattungen anerkannt werden. Mit Recht sagt Goldschmidt:[1]) „Welche unter den zahlreichen Stoff-, Form-, Bestimmungs-, Verwendungseigenschaften für die Klassifikation herausgehoben, welche notwendigerweise — denn andererseits wäre jede Klassenbildung unmöglich — um der Klassifikation willen ignoriert werden, hängt von dem Zweck der letzteren ab. Die Naturforscher bilden andere Klassen als der Kaufmann, dieser andere als die Zoll- und Steuerbehörde." So ist z. B. im ersten der oben ausgeführten Beispiele „Reygras", im zweiten „echte Laferme Zigaretten", im dritten „Sommererbsen", im vierten „Wintererbsen", im fünften „Gänserich" die Gattung.

Es ist sehr wohl möglich, daß das eine Mal das Fehlen einer bestimmten Eigenschaft die Sache zu einer nur mangelhaften, das anderemal zu einem aliud macht. Es lassen sich in dieser Beziehung nähere allgemeine Regeln nicht aufstellen. Der Begriff „Gattung" ist der Naturwissenschaft entlehnt. Es wird daher die Entscheidung, ob aliud oder nicht, um so schwieriger, je weiter sich die vertragsmäßige Gattung von dem naturwissenschaftlichen Begriff entfernt. Daher auch die große Schwierigkeit bei Lieferungen, wo rein technische Unterschiede in Betracht kommen. Es kommen im Allgemeinen Stoff und Ursprung, und wenn beides gleich ist, die Sorte, bei Fabrikaten häufig Form und Farbe in Betracht. Meistens wird aber der Vertragszweck[2]) erkennen lassen, um welche Gattung es dem Käufer zu tun war.

Alles was nun dieser Gattung angehört, kann von dem Verkäufer als Erfüllungsobjekt geliefert werden. Gehört aber die gelieferte Sache der vertragsmäßigen Gattung nicht an, so ist ein aliud geleistet: Die Leistung ist als vertragswidrig nicht Erfüllung.

---

[1]) Goldschmidt, Handelsrecht § 61. S. 532.
[2]) Entschl. R. O. H. G. Bd. XIX. S. 403, XXIV. S. 40.

II.

Gemeines Recht.

Insofern, als man sich die Lieferung eines aliud als die höchste Potenz einer mangelhaften Lieferung denken könnte, könnte man bei der aliud-Lieferung an die Anwendbarkeit der bei mangelhafter Lieferung zustehenden ädilitischen Rechtsmittel denken.

Sind aber nach gemeinem Recht beim Gattungskauf im Fall der Lieferung eines mangelhaften Stücks überhaupt die ädilitischen Rechtsmittel zulässig? Diese Frage ist bekanntlich sehr bestritten. Prinzipiell dagegen sind Thoel[1]), Windscheid[2]), Bechmann[3]), Treitschke[4]), im Prinzip dafür Goldschmidt[5]), Bekker[6]), Römer[7]), Hanauseck[8]), Fick[9]), Dernburg[10]), Baron[11]).

Die Praxis hat sich für die Anwendung derselben auch auf den Gattungskauf entschieden[12]).

Die für die Verneinung geltend gemachten Gründe sind verschieden.

---

[1]) Thoel, Handelsrecht I, § 83.
[2]) Windscheid, Pand. § 394, Nr. 5.
[3]) Bechmann, Kauf nach gem. R. II, S. 333 ff.
[4]) Treitschke, Kaufkontrakt, S. 365, 2. Aufl.
[5]) Goldschmidt, Z. f. H. R. XIX, S. 98 ff.
[6]) Bekker, Jahrb. d. gem. Rechtes, Bd. V, S. 400—406.
[7]) Rümer in Goldschmidt, Z. f. H. R. XXIII, S. 1. ff.
[8]) Hanauseck, I. S. 113—126.
[9]) Fick, Arch. f. H. R., VIII, S. 97.
[10]) Dernburg, Pand. II, S. 282, Nr. 24.
[11]) Baron Pand. S. 533.
[12]) R. G. E. VI, S. 169. IV, S. 196. XII, S. 84. — Seuff., Arch. VIII, Nr. 128, XIV, Nr. 126. — Arch. f. Praxis des Oldenburger Rechtes, VII, S. 181. — R. O. H. G. V, S. 253, S. 399; — dies Urteil unter Berufung auf Bekker, Jahrb. Bd. V, S. 401; vgl. abweichend R. O. H. G. in der früheren Entscheidung Bd. IV, S. 181 unter Berufung auf Windscheid § 394, Nr. 5, 5. Aufl.

Thoel,[1]) Seuffert,[2]) Wächter,[3]) gehen davon aus, daß, wer mangelhaft liefere, ein anderes Objekt, ein aliud liefere. Daraus aber folge, daß nur die Kontraktsklage Platz greifen könne und nicht — wie beim Spezieskauf — die ädilitischen Rechtsmittel. Einen Beweis für die Behauptung, daß gerade beim Gattungskauf jedes mangelhafte Objekt, auch wenn es der bedungenen Gattung angehört, ein aliud darstelle, haben sie aber nicht erbracht. Auch werden sie dieser Theorie selbst untreu, indem sie dem Käufer das Recht zusprechen, die Ware auch bei Kenntnis der Vertragswidrigkeit zur Zeit der Annahme zu behalten unter Geltendmachung eines Minderungsanspruches. Denn Minderung kann nur verlangt werden, wenn der Käufer das geleistete Objekt als Erfüllung behalten will. Der Grund, den Thoel für dieses Recht des Käufers angiebt, daß nämlich der Verkäufer, der die gehörige Lieferung durch eine andere surrogiert, sein eigenes Faktum nicht anfechten dürfe,[4]) kann selbst mit der zugefügten Beschränkung „es müßte denn die condictio indebiti begründet sein" als zutreffend nicht anerkannt werden.[5])

Auch Windscheid[6]) geht davon aus, daß fehlerhafte Lieferung beim Gattungskauf ein aliud darstelle; denn es sei stillschweigende Vereinbarung zwischen den Parteien, daß fehlerlos geliefert werde. Werde also nicht fehlerlos geliefert, so verstoße dies gegen den Vertrag, es stünde daher dem Käufer aus dem Kaufvertrage nur die actio emti zu. Daß beim Kauf einer individuell bestimmten Sache die Fehlerlosigkeit nach römischem Recht nicht ohne Weiteres als stillschweigend bedungen gelte, sei zweifellos; hier sei aber eben auch diese bestimmte Sache verkauft und die Auslegung „diese bestimmte Sache und zwar als fehlerlose" sei eine viel ferner liegende als beim Kauf einer generisch bestimmten Sache, die Auslegung „eine Sache von

---

[1]) Thoel, Handelsrecht, § 83, 4. Aufl.
[2]) Seuffert, 4. Aufl., Pand., § 266, Note 17.
[3]) Waechter, Handelsrecht, I. 217, 1865.
[4]) Thoel S. 492 a. a. O.
[5]) Vgl. gegen Thoel: Windscheid, Pand. II, § 394, A. 26.
[6]) Windscheid § 394 A. 20.

diesen Gattungsmerkmalen und zwar eine fehlerlose Sache von diesen Merkmalen"; daher sei es nicht gerechfertigt die Bestimmungen der Quellen über den Kauf individuell bestimmter Sachen auf den Kauf generisch bestimmter Sachen zu übertragen. Diese Ausführungen vermögen aber den Ausschluß der ädilitischen Klagen in diesem Fall nicht zu begründen. Auch wir haben oben angenommen, daß beim Kauf einer Gattungssache eine gewisse Zusicherung, nicht eine fehlerhafte Sache aus der Gattung zu leisten, angenommen werden könne „aber damit ist nicht gesagt, daß kein Raum sei für die ädilitischen Klagen". Auch im Fall des Genuskaufs wird man bei Leistung einer fehlerhaften Sache nicht schlechthin sagen können, daß ein aliud geleistet und nur die actio emti begründet sei. Gehört das geleistete Objekt der vertragsmäßig bedungenen Gattung an und liegt nur ein Fehler des geleisteten Stücks dieser Gattung vor, so wird man die ädilitischen Rechtsmittel zulassen müssen, ebenso wie wenn im Fall des Spezieskaufs die von vornherein individuell bestimmte Sache einen Mangel aufweist; nur da, wo wirklich ein aliud geleistet ist, d. h. ein Stück, welches die von Natur oder durch Parteiabrede bestimmten Merkmale nicht an sich trägt, ist Nichterfüllung vorhanden und sind die ädilitischen Rechtsmittel ausgeschlossen. Beim Kauf eines Pferds liegt ein aliud vor, wenn ein Maultier geleistet wird, nicht aber wenn ein mit einem körperlichen Fehler behaftetes Pferd geleistet wird, dort ist die Klage auf Erfüllung begründet, hier der Anspruch aus dem ädilitischen Edikt.[1])

Aus einem anderen Grund verneint Brinz[2]) die Anwendbarkeit der ädilitischen Rechtsmittel, nämlich deshalb, weil das Kaufobjekt dem Käufer beim Abschluß des Kaufvertrages nicht vorgelegen habe. Kann aber zweifellos ein Spezieskauf auch über eine unbesehene Ware abgeschlossen werden — und das kam bei entwickeltem Verkehr gewiß bei den Römern schon oft genug vor — und sind hier trotzdem die ädilitischen Rechtsmittel

[1]) Ebenso Bekker, Jahrb. V, S. 402. — Goldschmidt XIX, S. 107. Hanauseck I, S. 118—125.

[2]) Brinz Oblig. R. S. 736.

zulässig, so ist nicht zu ersehen, weshalb sie hier aus dem von Brinz angeführten Grund beim Genuskauf ausgeschlossen sein sollten! [1])

Treitschke [2]) endlich behauptet, daß der Käufer, der eine vertragswidrige Ware als Erfüllung annehme damit einen ganz neuen Vertrag mit dem Verkäufer über die Sache schließe. Da nun zu diesem Zeitpunkt dem Käufer der Mangel der Sache bekannt sei, so fielen die verborgene Mängel voraussetzenden ädilitischen Rechtsmittel weg. Abgesehen davon aber, daß in der Annahme der Ware keineswegs immer Annahme als Erfüllung liegt, vielmehr der Käufer mit der Annahme nur erklärt, daß er die gelieferte Ware für ordnungsmäßig halte, läßt sich eine solche Annahme auf keinen Fall als ein neuer Vertragsabschluß ansehen.

Sonach sind die Einwände gegen die Zulässigkeit der ädilitischen Rechtsmittel beim Gattungskauf nicht stichhaltig.[3])

Eine weitere Frage ist aber die, ob diese beim Genuskauf überhaupt zulässigen Rechtsmittel auch zulässig sind in dem Fall, wenn ein aliud geleistet ist. Denn begrifflich kann dort wo aus dem Genus überhaupt noch nicht geleistet ist, auch nicht von einer Wandelungs- oder Preisminderungsklage die Rede sein, da man eben vor der Leistung bezüglich Konkretisierung noch gar nicht weiß, welches Stück als Leistungsobjekt in Betracht kommt. Zu dem Zweck ist zunächst festzustellen, welche Rechtsmittel überhaupt dem Käufer in solchem Falle zustanden. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden.

Die Rechte des Käufers nach der Annahme einer später als vertragswidrig erkannten Ware.

Die Rechte des Käufers vor der Annahme einer als offenbar vertragswidrig erkannten oder erkennbaren Ware.

---

[1]) Vgl. R. O. H. G. V, S. 339, VII S. 113, XI S. 28.

[2]) Treitschke in Richters. Jahrb. XIV, S. 711.

[3]) Auch das R. O. H. G. hat sich durch Plenarbeschluß vom 16. Juni 1873 prinzipiell für die Zulässigkeit der ädilitischen Rechtsmittel erklärt.

Der Käufer kann sich auf den Standpunkt stellen, daß ihm nicht erfüllt sei. Deshalb darf er:

Lieferung vertragsmäßiger Ware beanspruchen,[1]) sowie Ersatz des ihm durch die vertragswidrige Lieferung erwachsenen Schadens.[2])

Die solutio erfordert Übereinstimmung beider Willen dahin, daß durch Hingabe und Abnahme dieses Objekts der Vertrag seitens des Verkäufers erfüllt werde; diese Willensübereinstimmung ist hier ausgeschlossen. Die Sache liegt also rechtlich so, als ob zur Erfüllung des Genuskaufs noch nichts geschehen wäre. Daher kann der Käufer Zurücknahme des aliud und Lieferung einer neuen vertragsmäßigen Sache mit der Kontraktsklage der actio emti verlangen, oder die nachherige Lieferung zurückweisen, indem er die empfangene Ware zur Disposition des Verkäufers stellt, den Kaufpreis auf Grund der exceptio non ad impleti contractus zurückbehält oder mit der actio emti zurückfordert.

Hanauseck gesteht dem Käufer die actio emti auf das Interesse zu aus dem Gesichtspunkt unwahrer dicta promissa ... Der Verkäufer lege durch die Leistung der gelieferten Ware auch die vertragsmäßigen Eigenschaften bei, er hafte demgemäß wie beim Spezieskauf aus einem dictum et promissum. Diese Ansicht vertritt auch die Reichsgerichtsentscheidung vom 5. April 1892. Seufferts Archiv 48, Nr. 258. Man wird dies als richtig anerkennen müssen. Käufer kann also nicht bloß dann das Erfüllungsinteresse verlangen (so auch Art. 355 a B. G. B.) und die nachherige Lieferung zurückweisen, wenn besondere Gründe dafür sprechen, wenn es sich z. B. um ein Fixgeschäft handelt, dessen Termin infolge der vertragswidrigen Lieferung abgelaufen ist.

Der Käufer nimmt die Lieferung als Erfüllung an. Er kann die ursprünglich gelieferte vertragswidrige Ware behalten und nur das Interesse, daß die Ware nicht vertragsmäßig ist, geltend machen, also Preisminderung. Letzteres wird bestritten

---

[1]) R. O. H. O. Entscheidung, Bd. VI, S. 268—271.

[2]) Hanauseck, Haftung des Verkäufers, S. 119, R. O H. G. XX, Nr. 108, S. 421 ff.

besonders von Goldschmidt,[1]) Windscheid,[2]) zugegeben von Thoel,[3]) Hanauseck,[4]) Endemann.[5])

War die Vertragswidrigkeit von Anfang an offenbar und deshalb die Ware nicht angenommen, so hat der Käufer das Recht, Lieferung vertragsmäßiger Ware zu verlangen, und es steht ihm gegenüber der actio venditi des Verkäufers die exceptio non ad impleti contractus zu.

Desgleichen kann nach Hanauseck[6]) der Käufer eine spätere Lieferung vertragsmäßiger Waare zurückweisen und redhibieren oder die Kontraktsklage auf Grund unwahrer dicta et promissa anstellen.

Möglich ist der Fall, daß der Käufer gleichwohl die vertragswidrige Ware behalten will. In diesem Fall schließt er durch Erfüllungsannahme einen Vertrag; es liegt eine datio in solutum vor dahin, daß dem Vertrage auch durch eine aliud Lieferung Genüge geschehen sein soll. Daß der Käufer dann nachträglich noch mit Hilfe der ädilitischen Rechtsmittel etwaige an der an Erfüllungsstatt angenommenen Ware hervortretende Mängel geltend machen kann, darf nicht bestritten werden. Denn mit der Annahme des aliud hat der Körper ja nur auf die Geltendmachung des aus der Lieferung eines aliud erwachsenden Rechts verzichtet.

Nach gemeinem Recht hat der Verkäufer kein Recht auf Nachlieferung einer vertragsmäßigen Sache an den Käufer.[7]) Auch davon kann bei dem Charakter der actio emti auf Ersatz des vollen Interesses keine Rede sein, daß der Verkäufer gegenüber den Ersatzforderungen des Käufers die Sache preisgeben könnte, wie ihm dies bei der actio red hibitoria des Käufers

---

[1]) Goldschmidt, Z. f. H. R., Bd. XIX, S. 414.

[2]) Windscheid § 394 Note 26.

[3]) Thoel § 275 S. 916 sub a. 6. Aufl. 1879, II. Bd.

[4]) Hanauseck a. a. O. S. 121.

[5]) Endemann, Handbuch des deutschen Handelsrechts, 3. Aufl. 1876, S. 557.

[6]) Desgl. Schlomka in Busch's Archiv f. H. R. Bd. V, S 193.

[7]) Thoel, S. 915 a. a. O. — Hanauseck S. 123.

wegen Mängel gestattet war. Ebensowenig tritt eine Beschränkung des Ersatzes gemäß 1,45 D. 21,1 auf das Duplum des Kaufpreises ein. Wie die oben zitierte Reichsgerichtsentscheidung (S. A. 48, Nr. 258) hervorhebt, ist eine analoge Anwendung für die actio emti nicht nachweisbar und verbietet sich von selbst, weil sie zu einer wesentlichen Einschränkung des Anspruchs des Käufers auf Ersatz des ganzen Interesses führen würde.

III.

Handelsrecht.

Das alte Handelsgesetzbuch enthält keine Bestimmungen über die Rechtsfolgen der Lieferung eines aliud, es kommt daher gemäß Art. 1 das bürgerliche Recht zur Anwendung.

Nach der herrschenden Ansicht bezieht sich der lediglich für den Fall des Distanzverkehrs eine Rügepflicht des Käufers festsetzende, den Platzverkehr unberührt lassende Art 347 [1]) nur auf den Fall der Lieferung einer mangelhaften Ware, so daß für die Lieferung einer vertragswidrigen, gar nicht zur Gattung gehörenden Sache (aliud) die Grundsätze des gemeinen Rechts gelten.

Die gegenteilige Ansicht wird vertreten von Schlodtmann Zeitschr. f. H. R. Bd. 37 S. 1 ff. „es ist bekannt, daß das periculum interitus und deterioriationis von einem bestimmten Zeitpunkt an auf den Käufer übergeht. Dies sei aber nicht das einzige Perikulum, man muß nämlich von einer Gefahr der Unkontrollierbarkeit der wahren Beschaffenheit d. h. von der Unsicherheit der Kontrollierung mit demselben Rechte sprechen. Den Handelsverkehr beherrscht der Grundsatz von Treu und Glauben.

---

[1]) Wortlaut des Art. 347. „Ist die Ware von einem anderen „Ort übersendet, so hat der Käufer ohne Verzug nach der Ablieferung, „soweit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange tunlich ist, die „Waare zu untersuchen und wenn sich dieselbe nicht als vertragsmäßig „oder gesetzmäßiger giebt, dem Verkäufer sofort davon Anzeige zu machen".

Da nun immerhin die Möglichkeit besteht, daß etwas geschieht, was nicht mit diesem Grundsatz im Einklang steht, so liegt darin eine gewisse Gefahr, die von dem fraglichen Zeitpunkt an mit auf den Käufer übergeht. Denn für gewöhnlich rechnet man eben nicht mit einer solchen Möglichkeit."

Diese Ausführung kann auf Billigung nicht rechnen. Es ist zunächst nicht anzuerkennen, daß die Möglichkeit eine sofern liegende ist. Gegenüber dem von Schlodtmann angeführten Beispiele — ein Kaufmann verkauft bona fide einem anderen Moschusbeutel, die aber bereits, bevor sie in die Hände des Verkäufers gerieten, von einem raffinierten Chinesen ihres kostbaren Inhalts unmerklich beraubt waren — ist doch zu fragen; weshalb soll Treu und Glauben es verlangen, daß der Käufer gerade den Schaden tragen soll? Wer sich das Verkaufen bestimmter Waren zum Berufe macht, ist verpflichtet für die Gefahren seines Betriebes aufzukommen.

Ein weiterer Einwand Schlodtmanns gegen die herrschende Ansicht ist, daß Art. 347 auf römisch rechtlicher Anschauung basiere, indem er höhere und geringere Grade der Erkennbarkeit der vertragswidrigen Beschaffenheit aufstellt. Es liege darin eine Abweichung von dem entsprechenden Art. 17 pars II. tit. 8 des partikularen Hamburger Stadtrechts von 1603. Die Annahme des Art. 347 im Handelsgesetzbuch sei von den Hamburgern selbst als ein „der erstrebten Rechtseinheit gebrachtes Opfer" angesehen worden; um so mehr aber seien beide Gesetze frei von dem Vorwurf einer weiteren Unterscheidung zwischen aliud und mangelhaft; denn auch bei mangelhafter Qualität sei nicht erfüllt und damit würde Art. 347 überhaupt überflüssig sein.

Dem gegenüber ist einfach darauf hinzuweisen, daß bei Lieferung einer mangelhaften, der Gattung angehörigen Sache erfüllt ist, bei Lieferung eines aliud, einer die Gattungsmerkmale gar nicht an sich tragenden Sache aber nicht: wird beim Kauf eines Gänserichs ein kranker Gänserich geliefert, so ist erfüllt, die Lieferung einer Gans aber ist nicht Erfüllung.

Endlich beruft sich Schlodtmann darauf, daß die Entscheidung, ob eine Sache zu einer bestimmten Gattung gehört,

zu schwierig sei und der Willkür Tür und Tor offen lasse. Er meint unter Berufung auf Gareis, es sei für manche Geschäftsleute gleichgiltig, ob der gelieferte Spiritus 90 oder 80 prozenthaltig sei, während für viele andere der 80prozentige eine ganz andere Ware sei und fragt, was werden solle, wenn der eine Kontrahent der einen Kategorie von Geschäftsleuten angehört, der andere der anderen? Diese Frage ist aber ganz unberechtigt. Denn maßgebend ist allein der Käufer, er hat die Ware erwerben wollen und darauf kommt es an, ob sich für ihn die Ware als ein aliud darstellt oder nur als mangelhaft, sein Wille hat bestimmt, aus welcher Gattung er geliefert haben will. Und daß die Unterscheidung von aliud und mangelhaft eine schwierige ist, kann doch die juristische Notwendigkeit dieser Unterscheidung nicht beseitigen, so wenig wie die Schwierigkeit der Feststellung dessen, was als wesentlicher Irrtum zu gelten hat. Läßt sich auch eine feste Grenze nicht ziehen, so muß doch die Entscheidung von Fall zu Fall getroffen werden.

Sonach müssen wir bei der herrschenden Ansicht stehen bleiben, daß nach dem alten Handelsgesetzbuch eine Rügepflicht des Käufers dann nicht Platz greift, wenn ihm ein aliud geliefert ist.

Die unter der Herrschaft des alten H. G. B. bestehende Streitfrage hat das neue H. G. B. § 378 beseitigt durch folgende Bestimmung:

„Die Vorschriften des § 377 (der im Gegensatz zum alten H. G. B. Art. 347 die Rügevorschrift nicht auf den Distanzverkehr beschränkt) finden auch dann Anwendung, wenn eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert ist, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte."

Aus der Fassung des § 378 ergibt sich, daß der Unterschied, ob aliud oder nicht, dann noch aufrecht erhalten bleiben soll, wenn die geleistete Ware von der Bestellung „offensichtlich" so abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausge-

schlossen betrachten mußte, desgleichen nach § 377 dann, wenn es sich um Arglist des Verkäufers handelte. Der Begriff „offensichtlich" ist hierbei so zu verstehen, daß es auf Kenntnis oder Nichtkenntnis des Verkäufers nicht ankommt. Die Abweichung muß vielmehr objektiv offensichtlich[1]) sein. Wann dies der Fall ist, ist quaestio facti. Es verhält sich hier ähnlich wie mit der „verständigen Würdigung des Falles" des § 119 B. G. B.: Auch hier handelt es sich um ein objektives Erfordernis. Mit Recht weist m. E. Lehmann-Ring[2]) darauf hin, daß die Abweichung, weil „offensichtlich" keine augenscheinliche zu sein braucht. In dem oben angeführten Beispiel der Lieferung eines aliud ist der Unterschied zwischen Gans und Gänzerich keineswegs augenscheinlich; denn es ist bekannt, daß selbst erfahrene Händler in der Beurteilung des Geschlechts dieser Tiere, namentlich des jungen Aufwuchses, oft fehlgehen. Gleichwohl ist aber im Sinne des Handelsgesetzbuches der Unterschied, d. h. die Abweichung von der bestellten Ware „offensichtlich". Es wird also auch fernerhin die aliud-Lieferung unter der Herrschaft des neuen Handelsgesetzbuchs von Bedeutung sein, wenn auch nurmehr in beschränktem Maße.

Mit dieser Neuregelung, nämlich der Einführung der Rügepflicht auch im Falle der aliud Lieferung in allen „nicht offensichtlichen Fällen" werden aber nur die Voraussetzungen des Verlustes der Rechte aus der aliud Lieferung für den Käufer normiert. Über den Inhalt der Rechte schweigt auch das neue Handelsgesetzbuch. Hier greift das bürgerliche Recht ein gemäß Art. 2. Einführungsgesetz zum neuen Handelsgesetzbuch: „Es kommen die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches nur in so weit in Anwendung, als nicht im Handelsgesetzbuch oder im Einführungsgesetz zu demselben ein anderes bestimmt ist."

---

[1]) Staub, Exkurs zu § 378 A. 2. II. Bd. und Denkschrift S. 226.
[2]) Lehmann-Ring zu § 378, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

IV.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat über den Gattungskauf nur eine Vorschrift in § 480 für den Fall der Mangelhaftigkeit. Die Ansicht Thoels und anderer, daß die fehlerhafte Ware ein anderes Objekt als das gekaufte sei, also eine vertragswidrige Lieferung sei und das Recht des Käufers sich darauf beschränke, neue vertragsmäßige Ware zu verlangen außer dem Interesse, daß ihm eine nicht empfangbare Ware zuvor geliefert worden, die ädilitischen Rechtsmittel aber keine Anwendung finden, ist in das B. G. B. nicht übergegangen. Im B. G. B. werden beim Gattungskauf dem Käufer im Falle von Mängeln der gelieferten gattungsmäßigen Sache dieselben Rechte gegeben wie bei dem Spezieskauf, also Wandelung oder Minderung, ebenso Schadensersatz beim Fehlen von zugesicherten Eigenschaften und bei dem dolosen Verschweigen eines Mangels. Nur ist hiefür gemäß der Eigentümlichkeit der Gattungsobligation nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses § 463, sondern des Gefahrüberganges maßgebend § 480 2.

Aber der Gattungskäufer hat nicht bloß die Rechtsmittel des Spezieskäufers, er soll auch Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen können. Es ist in dieser Beziehung vollständig den folgenden Ausführungen Dernburgs (Bürgerl. Recht II S. 68 ff.) zuzustimmen.

Der Käufer kann sich entweder auf den Standpunkt stellen, als sei ihm geliefert, was er zu fordern hat, aber mangelhaft, oder es sei ihm noch nicht geleistet, was er zu fordern hat; die Folge ist, daß er ein dreifaches Recht erlangt: Wandelung, Minderung, Lieferung einer fehlerfreien Sache und wo die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch bestehen, sogar ein vierfaches Recht.

Der Anspruch auf Lieferung einer fehlerfreien Sache richtet sich zwar im Allgemeinen nach den Regeln, über die Erfüllung

des Kaufes. Er ist dem Grundgedanken nach kein Gewährleistungsanspruch. Dennoch ist er in § 480 1 durch die Verweisungen auf eine Reihe von Vorschriften, die für die Gewährleistung gelten, wie ein Gewährleistungsanspruch gestaltet. Insbesondere wird ihm die Natur des Anspruches auf Wandelung gegeben, dem er ähnlich ist durch die Pflicht zur Zurückgabe der mangelhaften Sache.

Vor allem wird der Anspruch auf Lieferung der mangelfreien Sache der kurzen Gewährschaftsverjährung unterworfen §§ 477—479.

Hat Käufer die mangelfreie Sache angenommen in Kenntnis des Mangels, so hat er das Recht auf neue Lieferung nur, wenn er sich bei der Annahme seine Rechte wegen des Mangels vorbehält. § 464.

Käufer hat das jus variandi, bis die Wahl durch Einverständnis des Verkäufers vollzogen ist. § 465.

Die Nachlieferung kann nur Zug um Zug verlangt werden gegen Rückgabe der empfangenen fehlerhaften Sache § 467, § 348.

Der Anspruch ist unter denselben Voraussetzungen ausgeschlossen wie der der Wandelung, 466/476. Er ist unteilbar 474.

Der Verkäufer hat nicht das Recht, statt der gelieferten mangelhaften Sache eine andere fehlerfreie Sache zu liefern und hiedurch dem Käufer die Ansprüche auf Wandelung, Minderung und Schadenersatz abzuschneiden. Das durch die Lieferung eines Stücks aus der Gattung eingetretene Resultat kann nicht beseitigt werden durch Berufung des Verkäufers darauf, daß er eine fehlerhafte Sache geleistet habe.

Der Fall, daß ein aliud geliefert worden ist, ist beim Gattungskauf nicht erwähnt, so wenig wie beim Spezieskauf. Dieser Umstand darf aber nicht zu der Annahme verleiten, daß der in der Natur und in der logischen Notwendigkeit begründete Unterschied zwischen fehlerhafter Gattungssache und Nichtgattungssache durch das B. G. B. beseitigt ist: Dem gegenüber wird

neuerdings die Ansicht vertreten [1]) durch den § 243 B. G. B. „wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat „eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten", sei dieser Unterschied beseitigt und eine Gleichstellung von „vertragswidrig" und „fehlerhaft" herbeigeführt. Sei nämlich die gelieferte Sache nicht von der durch § 243 geforderten Beschaffenheit, so sei eben nicht gehörig erfüllt, eine solche Leistung sei zugleich mangelhaft und vertragswidrig. Damit sei das Wort „mangelhaft" in den §§ 459 ff. in dem Doppelsinne von vertragswidrig und mangelhaft gebraucht und beim Gattungskauf, auch wenn ein aliud geliefert ist, der § 480 anwendbar. Damit hätte das B. G. B. stillschweigend die Grenzen zwischen aliud und mangelhaft, Nichterfüllung und Erfüllung, beseitigt oder richtiger verwischt.

Dieser Argumentation kann nicht zugestimmt werden. Der § 243 sagt nur, daß der aus der betreffenden Gattung geleistete Gegenstand von gewisser Art und Güte sein müsse, wie der § 2151 dem mit einem Gattungs-Vermächtnis Beschwerten die Verpflichtung auferlegt eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten und wie nach § 524, Abs. 2 der Beschenkte bei dem Versprechen einer der Gattung nach bestimmten Sache statt der geleisteten fehlerhaften Sache eine fehlerfreie verlangen kann. Daß aber die Leistung einer der betreffenden Gattung gar nicht angehörenden Sache dasselbe sei wie die Leistung einer fehlerhaften oder unter dem Maß mittlerer Art und Güte bleibenden Sache aus dieser Gattung ist nirgends gesagt. Eine Beseitigung des Unterschieds von aliud und mangelhaft kann auf Grund des § 243 nicht behauptet werden.

Daß dem B. G. B. der Gedanke an eine solche Gleichstellung der mangelhaften Leistung und der Nichtleistung fern liegt, ergiebt sich auch daraus, daß in den §§ 323 ff. Bestimmungen getroffen sind über die Folgen der Nichterfüllung, die in Kraft treten, sobald es sich nicht um die in den §§ 459 geregelten Fälle der Mängel einer Sache handelt.

---

[1]) Eschenburg ädil. Rechtsmittel beim Genuskauf S. 40/44 Erlangen Diss. 1897.

Boetzow desgl. nach gem. Recht. Diss. Greifswald 1891.

Weiter kommt in Betracht die Bestimmung des § 440: „Erfüllt der Verkäufer die ihm nach den §§ 433—37 und 439 obliegenden Verpflichtungen nicht, so bestimmen sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der § 320—27".

Zu den Verpflichtungen des Verkäufers gehört nach § 433 auch das Übergeben der verkauften Sache. Bei der Gattungsschuld wird durch den Konkretisierungsakt die aus dem Genus ausgewählte Sache zur verkauften Sache. Die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine bestimmte Spezies kann durch Leistung einer der vertragsmäßig bedungenen Gattung gar nicht angehörigen Sache nicht eintreten; es liegt nicht Übergabe der verkauften Sache vor, und es treten daher die Folgen der Nichterfüllung ein. Von einer Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit kann natürlich nicht die Rede sein — die Lieferung eines aliud begründet eine solche nicht, da solange die Gattung besteht, immer noch die Leistung aus der Gattung möglich ist.

Wie aber gestaltet sich die rechtliche Lage im Fall des Verzugs? Der Käufer, dem ein aliud geliefert ist, muß dem Verkäufer nach der Mahnung eine Frist setzen zur Nachlieferung mit der Androhung, nach Ablauf dieser Frist die Annahme etwaiger Lieferung zu verweigern. Erst nach Ablauf dieser Frist kann der Käufer zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen; hat er aber an der nachträglichen Erfüllung kein Interesse mehr, so ist er nach § 326 Abs. 2 und 1 berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten.

Faßt man nun die sonst beim Kauf geltenden Grundsätze ins Auge, so würde sich bei der Annahme, daß Leistung einer der bedungenen Gattung gar nicht angehörigen Sache und Leistung einer aus dieser Gattung entnommenen aber fehlerhaften Sache gleich zu behandeln sei, ein Widerspruch ergeben. In letzterem Fall hat der Käufer nach § 460 das Recht zu wandeln, d. h. vom Vertrage nach den Wandelungsvorschriften zurückzutreten, also ohne Mahnung und Fristsetzung zur Nachlieferung; und ebenso hat er beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften das Recht

Schadensersatz zu verlangen, ohne daß Mahnung und Fortsetzung notwendig ist. Weshalb sollte dann im ersten Fall, wenn ein aliud geliefert ist das Recht des Käufers an jene Voraussetzungen des § 326 gebunden sein, falls zwischen beiden Fällen ein Unterschied nicht besteht? Dieses Bedenken wird auch von neueren Schriftstellern nicht verkannt.[1])

Die Ansichten gehen aber auseinander.

Schöller[2]) will mit dem Begriff der Unmöglichkeit der Leistung operieren. Er stützt sich auf § 241 B. G. B., wonach die Leistung des Schuldners auch in einem Unterlassen bestehen kann. Der Schuldner hat nämlich zu unterlassen vertragswidrig zu liefern. Leistet er dennoch in dieser Weise, so setzt er sich in die Unmöglichkeit der Unterlassung der vertragswidrigen Leistung. Setze man nun diesen Begriff ein in den § 280, so komme man zur Schadensersatzpflicht des Schuldners. Der Fehler dieser Ansicht beruht darin, daß es darauf, ob eine Unmöglichkeit der Unterlassung der vertragswidrigen Leistung vorliegt, wenig ankommt, solange noch die vertragsmäßige Leistung möglich ist. Gelöst wäre die Frage nur dann, wenn man eine wirkliche Unmöglichkeit der vertragsmäßigen Leistung konstruieren könnte. Dies ist aber nicht der Fall, wenn nichts weiter vorliegt als die Tatsache, daß ein aliud geleistet ist. Jedenfalls hat der § 280, wie § 323 ff. nur die Unmöglichkeit der positiven Leistung, nicht der Unterlassung im Auge. Von einer Leistung im eigentlichen Sinne, auf die der Gläubiger sofort ein klagbares Recht hat, kann bei einer Obligation auf Unterlassen nicht die Rede sein, erst mit dem Zuwiderhandeln entsteht eine klagbare Forderung. Würde jedes solche Zuwiderhandeln gegen die Unterlassungspflicht schon eine Unmöglichkeit in gesetzlichem Sinne begründen, so wäre bei der aliud-Lieferung überhaupt kein Raum mehr für die Verzugslehre. Der Schuldner

---

[1]) Staub in der Guttentag'schen Festgabe zum XXVI. Juristentage. Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 8. Aufl., § 160, Abs. 21, tut die Frage mit der Bemerkung ab, daß die Leistung eines aliud als Nichtleistung zu gelten hat.

[2]) Schöller-Gruchot, Beiträge zur Erlernung des deutschen Rechts, Bd. 46, S. 26 ff.

könnte nie in Verzug kommen, sondern käme immer sofort in die Unmöglichkeit. Daß aber in diesem Fall ein Verzug des Schuldners allerdings nicht der Unterlassung, sondern der positiven Leistung, um die allein es sich hier handelt, vorkommen kann, ist zweifellos. M. E. ist man durchaus nicht, wie Schöller pessimistisch behauptet, zu solch mehr oder weniger künstlichen Konstruktion gezwungen, um die rechtlichen Vorgänge in das Prokrustesbett des Gesetzestextes, der den Schadensersatz nur als Folge verschuldeter Verzögerung oder verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung kenne, einzuzwängen.

Staub[1]) schlägt eine andere Lösung vor:

Allerdings ist es m. E. nicht richtig, wenn Staub hinsichtlich der Lieferung eines aliud nur von „schuldhafter" Verletzung der Vertragspflichten spricht. Denn es kommt nicht darauf an, ob der Verkäufer der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft oder nicht. Es soll dem Käufer eben der schwierige Nachweis der Schuld auf Seiten des Verkäufers erspart bleiben. Darum wird auch bei Lieferung mangelhafter Sachen vom Gesetz nicht darnach gefragt, ob Versehen des Verkäufers vorliegt oder nicht, sondern es genügt die Tatsache der mangelhaften Erfüllung, um die vom Gesetz normierten Folgen eintreten zu lassen. Ebenso genügt auch bei der aliud-Lieferung der objektive Tatbestand der Vertragsverletzung, um dem Käufer bestimmte Rechte zu geben. Es ist hier nicht anders als im früheren Rechte.[2])

Der Gedanke aber, daß die Haftung des Schuldners in solchen Fällen so sehr dem Rechtsgefühl eines jeden Menschen entspricht, daß man sich sträuben muß, die vorhin erwähnten Konstruktionen anzunehmen, ist von Staub treffend hervorgehoben. Nach ihm besteht ein allgemeiner Rechtssatz: „Daß die Rechtsfolge der schuldhaften Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit in der Verpflichtung zum Schadensersatz bestehe", dieser

---

[1]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen. Beitrag zum 26. Juristentag.

[2]) Z. f. H. R. von Goldschmidt und Laband, 9. Bd. E. des O. A. G. Dresden, 18. Februar 1862. — R. O. H. G. E. Bd. VII, Nr 107.

Rechtssatz beherrsche auch das B. G. B. Es käme bloß darauf an, ihn aus dem Gesetzestexte herauszuschälen. Zu dem Zweck greift Staub zur Analogie unter Berufung auf Dernburg,[1]) Reichsgericht,[2]) Kipp.[3]) Er beruft sich dafür auf die Bestimmung des § 286 B. G. B.: „Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen". Denn wer positive Rechtsverletzungsakte vornimmt, welche die Erreichung des Vertragszweckes gefährden, muß sich gefallen lassen, daß die Rechtsfolgen dieser Pflichtverletzungen ebenso beurteilt werden wie die Pflichtverletzungen desjenigen, der durch sein negatives Verhalten, durch schuldhafte Verzögerung der geschuldeten Leistung, die Erreichung des Vertragszweckes vereitelt.

Staub führt weiter aus, daß das Gesetz sich eben nicht mit dem § 286 begnügt habe, sondern für die zweiseitigen Verträge noch eine besondere Vorschrift im § 326 aufstelle, wonach in solchen Fällen selbst Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Frage kommen. Jedoch soll nach ihm der § 326 nicht schlechthin, sondern nur mit einer Modifikation zur Anwendung kommen, nämlich insofern als die Fristsetzung zur Nachlieferung verbunden mit der Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme regelmäßig wegfalle. Mir scheint diese Korrektur eines Gesetzesparagraphen sehr gefährlich. Und wenn man mit Staub auch für die aliud-Lieferung annimmt, daß nur schuldhafte positive Vertragsverletzung zum Schadensersatz verpflichte, so muß man doch fragen, weshalb nicht einfach der § 276 B. G. B.: „Der Schuldner hat, soferne nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten", zur Anwendung kommen soll? Was Staub gegen die Anwendung dieses Paragraphen vorbringt, ist m. E. nicht stichhaltig. Der § 276 B. G. B. soll nichts weiter geben als eine Definition der zivilrechtlichen Schuld: „Zivilrechtlich schuldhaft handelt, zu vertreten hat, wer vorsätzlich oder fahrlässig handelt". Aber aus dem Zusammenhang von § 275 und 276

[1]) Dernburg, Bürgerl. R., Bd. I, S. 79.
[2]) R. G. 24. Bd., S. 50.
[3]) Kipp bei Windscheid, I, S. 22, A. 8.

ergiebt sich klar, daß § 276 sagen will: Wird durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit, die der Schuldner zu vertreten hat, die Leistung unmöglich, so ist der Schuldner schadensersatzpflichtig. Wenn § 275 sagt, der Schuldner wird frei, wenn die Leistung unmöglich wird infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat und wenn der sich anschließende § 276 bestimmt: Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, so kann das keinen anderen Sinn haben, als daß der Schuldner den Schaden ersetzen muß, wenn er durch solches Verhalten die Unmöglichkeit herbeigeführt hat. Der Zusammenhang beider Bestimmungen ergiebt offensichtlich das Resultat: bei kasueller Unmöglichkeit wird der Schuldner von der Verpflichtung frei, bei schuldhafter Unmöglichkeit wird er nicht frei. Das Nichtfreiwerden bedeutet aber im Fall der Unmöglichkeit die Haftung für Schadensersatz, wie dies im § 280 ausdrücklich bestimmt ist. So ist auch in § 277, 278 vom Nichtfreiwerden und Vertretenmüssen in keinem anderen Sinn die Rede, als daß der Schuldner haftet.

Der dem gegenüber von Staub erhobene Einwand, daß dann der § 286 überflüssig sei, ist nicht zutreffend. Allerdings setzt Verzug regelmäßig voraus, daß der Verpflichtete die ihm obliegende Handlung schuldhafter Weise zu bewirken unterläßt, so daß sich schon aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens eine Schadensersatzpflicht zn ergeben scheint. Aber abgesehen davon, daß auch sonst Wiederholungen eines Grundsatzes sich finden, und daß es sich beim Verzug nicht wie in § 276 notwendig um Unmöglichkeit der Erfüllung handelt, gelten doch für den Fall des Verzugs besondere Rechtssätze, die durch den § 276 nicht gedeckt sind.

Daß aber der § 276 über die engen Grenzen, innerhalb derer er aufgestellt ist, hinausreicht, und für alle Rechtsverhältnisse gilt, ist früher schon von Weyhl[1]) behauptet und neuerdings vom Reichsgericht in zwei Entscheidungen[2]) ausdrücklich betont

[1]) Weyl, Archiv für bürgerl. Recht, Jahrgang 1896, Bd. 14, S. 91. Desgl. Mot. II, S. 27, A. 3.

[2]) R. G. Bd. 52, S 477, Entscheidung vom 13. Juni 1902, und vom 19. Dezember 1902 (cfr. D. Jur. Zeitg. Bd. 7, S. 118).

und namentlich auch vom Reichsgerichtsrat Müller im „Recht“ [1]) überzeugend begründet worden. Dem jetzt vom Reichsgericht vertretenen Standpunkt betreffs des § 276 läßt sich m. E. wenig Stichhaltiges mehr entgegenhalten.

Die rechtliche Behandlung des Genuskaufes ist nach dem Ausgeführten in den beiden Fällen, Lieferung einer gar nicht zur bedungenen Gattung gehörigen Sache (aliud) und Lieferung einer zur Gattung gehörigen, aber mangelhaften Sache, die gleiche.

In letzterem Fall kann der Käufer die Leistung als Erfüllung oder als Nichterfüllung behandeln. Der darin liegende Widerspruch, daß etwas zugleich ist und nicht ist, einen bestimmten Charakter hat und nicht hat — ein Widerspruch, der sich beim Spezieskaufe in gleicher Weise findet in dem Falle, wenn eine bestimmte Eigenschaft der Sache zugesichert ist und diese Eigenschaft fehlt — läßt sich nur lösen durch die Annahme, daß, was beim Spezieskauf die Folge ausdrücklicher Zusicherung ist, beim Gattungskauf als stillschweigend zugesichert gilt, nämlich daß ein fehlerfreies Stück aus der Gattung geliefert werden soll. Liefert dann der Verkäufer ein mangelhaftes Stück, so muß er, wie wenn er beim Spezieskauf eine die ausdrücklich zugesicherte Eigenschaft nicht aufweisende Sache geleistet hat, sich gefallen lassen, daß der Käufer die Leistung die an sich Erfüllung ist als Nichterfüllung behandelt, nur daß, was beim Spezieskauf ausgeschlossen ist, der Käufer die Leistung einer anderen fehlerfreien Sache verlangen kann.

Ganz ähnlich, nur umgekehrt liegt die Sache im zweiten Fall, bei der Leistung eines aliud. Ist bei Leistung eines der Gattung angehörigen und nur fehlerhaften Stückes zunächst doch erfüllt und kann nur unter dem Gesichtspunkt der Zusicherung der Fehlerfreiheit eine Nichterfüllung angenommen werden, so ist bei Leistung eines der Gattung gar nicht angehörenden Stückes an sich Nichterfüllung vorhanden. Aber zugleich kann man sagen: Bei einem Gattungskauf liegt die Zusicherung einer Eigenschaft der versprochenen Sache vor, nämlich, daß das zu leistende Stück

[1]) Müller im Recht S. 541 ff. 1902.

die Eigenschaften der Gattung haben werde. Ist dann eine Sache geleistet, der die Gattungseigenschaften fehlen, so kann der Käufer sich auf den Standpunkt stellen, daß mangelhaft erfüllt sei. Er hat die Wahl, die Leistung als Leistung eines aliud und deshalb als Nichterfüllung zu behandeln so daß er Leistung einer anderen Sache bezügl. des Schadensersatzes verlangt oder aber die Leistung lediglich als mangelhafte Erfüllung zu behandeln und darum die Gewährleistungsansprüche geltend zu machen.

Muß man also auch vom logischen Standpunkt aus sagen: einerseits ist die Leistung einer der Gattung nicht angehörenden Sache Nichterfüllung und daher nur der Anspruch auf Erfüllung oder Schadenserſatz begründet, nicht aber ein Gewährleistungsanspruch, anderseits ist die Leistung einer der Gattung angehörigen, aber mangelhaften Sache Erfüllung und daher nicht eine Klage auf Erfüllung sondern nur wegen des Mangels ein Gewährleistungsanspruch gegeben, so findet sich doch infolge positiver Bestimmung nach beiden Richtungen eine Abweichung; bei der Leistung einer der Gattung angehörenden mangelhaften Sache, die an sich, weil sie doch Erfüllung ist, nur die Gewährleistungsansprüche begründen würde, wird fingiert, daß sie zugleich Nichterfüllung sei, so daß neben den Gewährleistungsansprüchen auch die Klage auf Erfüllung bezüglich Schadenserſatz zusteht; bei der Leistung einer der Gattung gar nicht angehörenden Sache, die in Wahrheit Nichterfüllung ist, wird durch den Gesichtspunkt, daß in dem Versprechen einer Gattungssache die Zusicherung der Gattungseigenschaften liegt, ermöglicht, das, was Nichterfüllung ist, zugleich weil das Geleistete diese Eigenschaften nicht hat, als mangelhafte Erfüllung zu behandeln, so daß neben der Klage auf Erfüllung auch die Gewährleistungsansprüche gegeben sind.

Zum Schlusse sei es mir gestattet, meinem hochverehrten Lehrer Herrn

Geh.-Rat Professor Dr. v. Burckhard

für die liebenswürdige und bereitwillige Unterstützung bei der Anfertigung dieser Arbeit, sowie für das mir jederzeit entgegengebrachte Wohlwollen meinen ergebensten Dank auszusprechen.